Väterliche Nutzniessung
und
Niessbrauch.

Ein Vergleich, unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwickelung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

vorgelegt von

Siegbert Sternberg.
Referendar.

Breslau
Buchdruckerei H. Fleischmann
1907.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Prof. Dr. **Herbert Meyer.**
Korreferent: Prof. Dr. **Leonhard,**

Meiner Mutter

und dem

Andenken meines Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0103

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Unterschiede in Begriff und Wesen 10
§ 3. Unterschiede in der Entstehung 18
§ 4. Unterschiede im Umfang 21
§ 5. Unterschiede im Inhalt 22
A. In den Rechten des Niessbrauchers und Nutzniessers . 22
I. Geschichtlicher Ueberblick 22
II. Geltendes Recht 28
1. Substanzänderungs- und Distraktionsrechte . . .
2. Insbes. die Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen
3. Insbes. die Nutzniessung an einem Erwerbsgeschäft
4. Unterschied in dem Besitzrechte des Nutzniessers
5. Die aus der Vertretungsmacht des Vaters unmittelbar resultierenden Unterschiede . . . .
B. In den Pflichten des Niessbrauchers und Nutzniessers und den der Gegenpartei gewährten Schutzmitteln . . 34
I. Geschichtlicher Ueberblick 34
II. Geltendes Recht 38
1. Unterschiede in der Haftung für Verschulden .
2. Unterschiede in den Sicherungsmitteln für die Gegenpartei . . . . . .
3. Unterschiede in der Inventarisationspflicht . . .
4. Unterschiede im Tragen der Lasten und der Schuldenhaftung . . . . . .
5. Unterschiede in der Pflicht zum Wertersatz verbrauchbarer Sachen . . . . . .
6. Sonstige besondere Pflichten des Nutzniessers .
§ 6. Unterschiede in der Beendigung 44

Literaturverzeichnis.

1. Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 8. Aufl.
2. Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts I, 4. Aufl.
3. Biermann: Das Sachenrecht des B.G.B.
4. Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl.
5. Cuntz: Vergleich der Rechte des Ehemanns an der Dos mit den Rechten des Vaters am peculium adventitium regulare. Inaug.-Diss. Greifswald 1897.
6. Czyhlarz: Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts, 5. u. 6. Aufl.
7. Dernburg: Pandekten, 5. Aufl.
8. — Lehrbuch des preussischen Privatrechts III, 3. Aufl.
9. — Das bürgerl. Recht des deutschen Reichs und Preussens III, 3. Aufl., IV, 2. Aufl.
10. Eck-Leonhard: Vorträge über das Recht des B.G.B. II, 1. u. 2. Aufl.
11. Elvers: Die römische Servitutenlehre.
12. Endemann: Einführung in das Studium des B.G.B. II, 3. bis 5. Anfl.
13. Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht II:
14. Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 6. Aufl.
15. Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht III, IV, 7. Aufl. (4. der neuen).
16. Franken: Lehrbuch des deutschen Privatrechts.
17. v. Gerber: System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl.
18. Gierke: Deutsches Privatrecht II.
19. Gierke: Grundzüge des deutschen Privatrechts in Holzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 6., der Neubearb. 1. Aufl.
20. Glück: Ausführliche Erläuterung der Pandekten, IX, XIV.
21. Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts.
22. Jacobsohn: Der ususfructus paternus an den bona adventitia der Hauskinder, Inaug.-Dissert. Berlin 1893.

23. Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem B.G.B.
24. Kohler: Der Dispositionsniessbrauch in Iherings Jahrbüchern, XXIV.
25. Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts II.
26. Leisterer: Niessbrauch und familienrechtliche Nutzniessung nach B.G.B. Inaug.-Diss. Rostock 1903.
27. v. Löhr: Einige Bemerkungen zu der Lehre von den Peculien eines filius familias im Archiv für civilistische Praxis, Band 10.
28. Marezoll: Revision der Lehre von den sogenannten Adventitien in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, Band 8.
29. Meisner: Das B.G.B. für das deutsche Reich III, Sachenrecht.
30. Mugdan: Die gesamten Materialien zum B.G.B für das deutsche Reich III, IV.
31. Opet: Das Verwandtschaftsrecht des B.G.B. für das deutsche Reich.
32. Philler: Vorlesungen über das B.G.B.
33. Planck: Das B.G.B. III, IV.
34. Pohl: Niessbrauch und Nutzniessung nach B.G.B. Inaug.-Diss. Leipzig 1903.
35. v. Roth: System des deutschen Privatrechts III.
36. Scherer: Sachenrecht des B.G.B., Familienrecht des B.G.B.
37. Schmidt-Habicht: Kommentar zum B.G.B. Familienrecht I.
38. Seufferts Archiv.
39. Staudinger: Kommentar zum B.G.B. III. IV.
40. Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts II, 2. Aufl.
41. Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschenPrivatrechts II, 2, IV, 3. Aufl.
42. Stölzel: Das Recht der väterlichen Gewalt in Preussen (Separat-Abdruck aus dem Justiz-Ministerialblatt, Berlin 1874.)
43. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.
44. Windscheidt-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl.
45. Witting: Die vermögensrechtliche Stellung des Hauskindes nach gemeinem Recht im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. N. F. Band 11.

§ 1. Einleitung.

Das B.G.B. spricht in seinem IV. Buch wiederholt von der „Nutzniessung". Im besonderen gewährt es dieses Recht dem Ehemann an dem eingebrachten Gute der Frau, dem Vater und in zweiter Linie der Mutter an dem unfreien Kindesvermögen und dem Adoptans an dem Vermögen des Adoptierten. Im Rahmen dieser Arbeit liegt es, speziell die väterliche Nutzniessung in den Kreis der Betrachtung zu ziehen; immerhin wird es sich jedoch als angängig erweisen, mitunter auch die ehemännliche Nutzniessung zum Vergleich heranzuziehen.

Die vorliegende Arbeit soll eine Gegenüberstellung der väterlichen Nutzniessung und des Rechtsinstitutes des Niessbrauchs sein, soweit Unterschiede zwischen beiden bestehen. Diese Gegenüberstellung rechtfertigt sich aus ihrer Aehnlichkeit. Offenbart sich schon rein äusserlich, sprachlich, ihre Verwandtschaft, so nicht minder inhaltlich. Denn mögen sich auch noch so mannigfache Unterschiede zwischen beiden Rechten ergeben, mögen insbesondere die Rechten und Pflichten des Nutzniessers von denen eines Niessbrauchers im einzelnen von einander abweichen, die wesentlichste Befugnis, die sie gewähren, ist bei beiden Rechten dieselbe: das Recht des Ziehens der Nutzungen. Das Gesetz selbst dokumentiert diese Aehnlichkeit damit, dass es zu einigen Malen bei der Nutzniessung auf die bezüglichen Vorschriften des Niessbrauchs verweist. Die Unterschiede zwischen beiden Rechten aber haben ihren innersten Grund darin [1]), dass die

[1]) Motive IV S. 724 ff.

Nutzniessung das cohaerens eines familienrechtlichen Verhältnisses bildet, dass, so zu sagen, das Recht des Vaters in noch höherem Masse den Charakter eines höchstpersönlichen Rechtes trägt wie der Niessbrauch. Fraglos hat auch von diesem Gesichtspunkte aus der Gesetzgeber gehandelt, wenn er die Rechte des väterlichen Nutzniessers anders bemessen hat als die des Niessbrauchers. Er hat den Vater in seinen Rechten und Pflichten teilweise günstiger gestellt wie den Niessbraucher, weil ihm als dem gesetzlichen Vertreter des Kindes und mit Rücksicht auf die ihm zur Pflicht gemachte Sorge für dessen Person und Vermögen eine grössere Bewegungsfreiheit zuzugestehen war. Es tritt hinzu die Erkenntnis [1]), „dass die elterliche Gewalt der rechtliche Ausdruck eines natürlichen und sittlichen Verhältnisses ist, welches gegenseitiges Vertrauen erfordert". Andererseits sind die Rechte des Vaters aber im einzelnen auch stärker beschränkt und seine Pflichten grösser als die des Niessbrauchers. Die ratio legis ist in diesem Falle zurückführen auf die Erwägung, dass das Kind infolge seiner Geschäftsunfähigkeit oder beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht imstande ist über die Verwaltung des väterlichen Nutzniessers eine Kontrolle auszuüben, wie sie dem Eigentümer gegenüber dem Niessbraucher möglich ist.

Die tieferen Gründe für die Scheidung beider Nutzungsrechte wird uns im Folgenden z. T. erst die historische Untersuchung offenlegen. Nur ständige Fühlung mit der geschichtlichen Entwicklung lässt uns ein klares Bild von dem begrifflichen Unterschied beider Institute gewinnen.

§ 2. **Begriff und Wesen.**

Im römischen Recht wird der Niessbrauch (ususfructus) definiert als das [2]) „ius alienis rebus utendi fruendi salva

---

[1]) Philler S. 346.

[2]) l. 1, Paul. Dig. VII, 1.

rerum substantia". Die Worte „salva rerum substantia" enthalten nicht allein das Verbot, die dem Niessbrauch unterworfene Sache zu veräussern oder zu beschädigen, sondern ihre Bedeutung geht weiter dahin[1]), dass dem Usufructuar auch die Substanzänderung (wenigstens jede wesentliche) untersagt ist. Das der heutigen Nutzniessung des Vaters entsprechende Recht ist der ususfructus paternus, den — im justinianischen Recht — der Inhaber der patria potestas an den regulären Adventicien der Hauskinder hatte. Es erhebt sich nunmehr die Frage, ob dieser sogenannte „ususfructus" des Vaters, von dem die Quellen sprechen[2]), mit dem gewöhnlichen ususfructus des römischen Rechtes identisch ist oder ob er als ein — wenn auch diesem ähnliches — so doch selbständiges Rechtsgebilde aufzufassen ist. Die Berechtigung dieser Frage ergibt sich daraus, dass der ususfructus paternus dem Vater weit umfassendere Befugnisse gewährt, als sie der Usufructuar hat. Der Grund hierfür liegt in der geschichtlichen Entwicklung jenes hausherrlichen Nutzungsrechts[3]).

Ursprünglich hatte der pater familias selbst das Eigentum an den Adventicien, nur die Veräusserung war ihm grundsätzlich untersagt; erst seit Theodosius II haben die Hauskinder an ihnen das dominium. Dagegen[4]) wirkt das frühere Eigentum des Vaters in seinen grösseren Verwaltungs- und Nutzungsbefugnissen nach. Sein Recht erscheint nunmehr als[5]) „ein Genussrecht nicht nach Art des Niessbrauchs, sondern als ein Genussrecht nach Art des dem Eigentümer zustehenden Genussrechts". Die selbständige Natur dieses Rechts wird mit voller Schärfe betont von Marezoll[6]). Danach ist es ein selbständiges in der Mitte zwischen Eigentum und Niessbrauch stehendes dingliches Recht, dss sich

[1]) Glück IX S 161 ff. Knitschky S. 193 f.
[2]) Cod. VI, 60,1—4, 61,2—4, 6, 8.
[3]) Vgl. u. a. Marezoll, S. 296 ff, Jacobsohn, S. 8.
[4]) Kohler, S. 254 ff.
[5]) Windscheid III, S. 71.
[6]) Marezoll, S. 304.

vom Eigentum überhaupt nur darin unterscheidet, dass dem Vater — dies übrigens auch noch mit Ausnahmen — die Veräusserungsbefugnis genommen ist. Ihm folgt u. a. Kohler, der für dieses Recht wie für andere ähnliche den gemeinsamen Namen „Dispositionsniessbrauch“ geprägt hat.

Aber, so könnte man einwenden, wenn auch die Befugnisse des nutzungsberechtigten Vaters ausgedehntere sind, muss deswegen schon sein Recht als ein besonderes, selbstständiges statuiert werden, kann es nicht gleichwohl ein modifizierter usufructus sein? Bleibt nicht z. B. das Eigentum, auch wenn es in modifizierter Form erscheint, etwa durch Pfandrechte oder Servituten beschränkt ist, trotzdem immer noch „Eigentum“? Und ferner, wenn dieses Recht wirklich so ganz selbständiger Natur ist, wie kommen dann die Quellen dazu, es überhaupt als „usufructus“ zu bezeichnen? Um auf diese Einwände zu antworten, bedarf es schon an dieser Stelle der Erwähnung der beiden wichtigsten und grundlegenden Unterschiede zwischen Niessbrauch und usufructus paternus. Diese bestehen in dem insbesondere durch die Befugnis der wesentlichen Substanzänderung dokumentierten grösseren Verwaltungsrecht des Vaters und seiner Befreiung von der cautio usufructuaria. Der Beweis hierfür wird des näheren erst weiter unten erbracht werden; hier handelt es sich lediglich um die Frage: Sind die erwähnten Unterschiede Grund genug, um Niessbrauch und usufructus paternus als zwei begrifflich verschiedene Rechtsinstitute anzusprechen? Diese Frage ist m. E. zu bejahen. Denn gerade die Leistung der cautio usufructuaria („erst auf deren Leistung hin brauchte der Eigentümer dem Niessbraucher die Sache herauszugeben“)[1]) und das Verbot der Substanzänderung sind ein so charakteristisches Merkmal des gewöhnlichen usufructus (man beachte, dass die Worte „salva rerum substantia“ ein Element der Begriffsbestimmung des usufructus im r. R. bilden), dass man schlechterdings ein Nutzungsrecht, auf das diese Cri-

[1]) Endemann, S. 407, Anm. 29. Vgl. auch Elvers, S. 551.

terien nicht zutreffen, nicht als usufructus bezeichnen kann [1]), sondern es als selbständiges Recht auffassen muss. Um bei dem oben zum Vergleich angezogenen Beispiel vom Eigentum zu bleiben: Ein in seiner Ausübung durch Servituten beschränktes Eigentumsrecht bleibt deshalb Eigentum, weil grundsätzlich die volle unumschränkte Herrschaft des Eigentümers über die Sache insofern erhalten bleibt, als sie nur zeitlich beschränkt ist und mit dem Wegfall der Beschränkung in vollem Umfang wieder auflebt [2]). Anders beim Niessbrauch und beim unsusfructus paternus: Gerade die grundlegenden Criterien des gewöhnlichen usufructus mangeln dem usufructus paternus völlig. Haben doch selbst Juristen, die die selbständige Natur des väterlichen Nutzungsrechtes nicht annehmen wollen, sich genötigt gesehen, die ausgedehnteren Rechte des Vaters dadurch zu erklären, dass sie es als die Summe zweier Rechte konstruieren. So Glück [3]), der dem Vater ausser einem gewöhnlichen Niessbrauch noch ein besonderes gesetzliches Verwaltungsrecht zuschreibt, verschieden von dem Verwaltungsrecht, das der Niessbraucher bereits kraft seines Niessbrauchs besitzt. Dieses besondere Verwaltungsrecht soll bestehen „in einem dem Vater vermöge der väterlichen Gewalt zustehenden ausschliesslichen Rechte zur Ausübung des Eigentums, welches den Kindern an diesen Gütern zusteht". Von den Gründen, die gegen diese Auffassung sprechen, sei hier nur der folgende angeführt [4]). Die Quellen nennen dieses Verwaltungsrecht nie in einem Atem mit dem usufructus, sondern erwähnen es vielmehr nur als einen diesem gewissermassen nicht koordinierten Faktor an einigen Stellen (Vgl. l. 6, § 2, Cod. VI, 61) nebenher als das, wie auch Marezoll annimmt, immanente Verwaltungsrecht, wie es zur Ausübung seines Rechtes jedem Usufruktuar zusteht, und nicht als ein besonderes Recht des Vaters.

---

[1]) Marezoll, S. 286ff.
[2]) Vgl. Cosack II, S. 101.
[3]) Glück XIV, S. 371.
[4]) Vgl. Marezoll, S. 289, Jacobsohn, S. 15.

Was nun den zweiten aus dem gemeinsamen Namen hergeleiteten Einwand anlangt, so liegt der Grund dafür, dass trotz der selbständigen Natur des väterlichen Nutzungsrechtes die Quellen es überhaupt als „ususfructus“ bezeichnen, darin, dass, wie bereits eingangs erwähnt, beide Rechte sich insofern ähneln, als sie sich beide gemeinsam als Nutzungsrechte charakterisieren. Aus dieser auch in der Terminologie hervortretenden Aehnlichkeit kann auch die dingliche Natur des ususfructus paternus für das römische Recht nicht bezweifelt werden. Ob der Grund dafür, dass in den Quellen für ihn keine selbständige Bezeichnung gewählt ist, in einer „Nachlässigkeit des juristischen Sprachgebrauchs“ [1]) oder der mangelnden theoretischen Ausbildung des Instituts durch die römischen Juristen zu suchen ist, muss freilich dahingestellt bleiben [2]).

Auch das ältere deutsche Recht kennt dem römischen Niessbrauch und dem ususfructus paternus ähnliche Rechte. Aber es ist unmöglich, zwischen ihnen wie im römischen Recht einen gleichen begrifflichen Unterschied zu machen. Man hat die Gesamtheit der dem römischen ususfructus und dem ususfructus paternus entsprechenden Erscheinungen als Leibzucht bezeichnet [3]). Die Unmöglichkeit einer grundsätzlichen Wesenstrennung von so verschiedenartigen rechtlichen Erscheinungen liegt in der eigenartigen Gestaltung des älteren deutschen Sachenrechts begründet [4]), dass sämmtliche dingliche Rechte sich gleichmässig in der ihrem Inhaber die Nutzung ermöglichenden Gewere äussern. Sie alle sind Unterarten des einen Begriffs „dingliche Herrschaftsrechte“, so dass keine grundsätzliche Trennung in Eigentum einerseits, iura in re andererseits stattfindet, wenn sie auch unter einander verschieden sind. Man kann also weder das deutschrechtliche Nutzungsrecht des Vaters, noch eines der übrigen Leibzuchtsrechte

---

[1]) Marezoll, S. 304.
[2]) Vgl. Kohler, S. 249.
[3]) Vgl. Stobbe II, S. 223, Gierke, S. 308, Franken, S. 229.
[4]) Stobbe II, §§ 71, 72, Heusler II, § 80.

als ein „Institut sui generis“ bezeichnen, denn sie alle sind nur Unterabteilungen jenes Allgemeinbegriffs, die nur „variieren je nach der Funktion, die den verschiedenen Arten dieses germanistischen uti frui (scil. der Leibzucht) obliegt“ [1]). Hier sei noch kurz erwähnt. dass das Nutzungsrecht des Vaters an dem von den Kindern ererbten Muttergut anders geartet ist wie das an dem übrigen Vermögen (Beisitz).

Mit der Rezeption drangen die Sätze des römischen Sachenrechts in Deutschland ein. Mit den grössten Einfluss auf diesem Gebiet hat die Lehre von den römischen Personalservituten ausgeübt. So wurde eine Anzahl von Erscheinungen des deutschen Rechtslebens [2]) als Servituten im Sinne des römischen Rechts angesehen, wobei man allerdings vielfach „die Grenzlinien des Servitutbegriffes verkannte und ihm eine Reihe von Rechtsverhältnissen unterstellte, welche eine ganz andere Auffassung verlangen“ [3]), wie eben das Nutzungsrecht des Vaters, das man in Verkennung des Begriffs des ususfructus paternus als „Niessbrauch“ bezeichnete. So schreiben auch noch die neueren Kodifikationen dem Vater an dem Kindesvermögen einen [4]) „gesetzlichen Niessbrauch“ zu (Vgl. A.L.R. II, 2 § 168 ff., Sächs. B.G.B. § 1811), den man dann durch einzelne besondere Bestimmungen in mannigfacher Weise modifizierte, soweit das besondere Verhältnis zwischen Vater und Kind eine von dem rechtsgeschäftlichen Niessbrauch abweichende Regelung erheischte. Das B.G.B. aber hat mit seiner Terminologie Niessbrauch und väterliches Nutzungsrecht scharf von einander geschieden, indem es für das letztere die Bezeichnung „Nutzniessung“ einführte. Dass damit auch wirklich ein besonderes vom Niessbrauch verschiedenes Rechtsgebilde gemeint ist, beweist die Entstehungsgeschichte von § 1652 [5]). Er lautete im ersten Entwurf als

[1]) Stobbe-Lehmann IV, S. 414 f., Witting, S. 20.
[2]) Beseler, S. 425.
[3]) v. Gerber, S. 266.
[4]) Vgl. Roth, S. 408 ff.
[5]) Knitschky, S. 192.

§ 1520: „Auf die elterliche Nutzniessung finden die Vorschriften über den Niessbrauch Anwendung, soweit nicht aus dem Gesetze ein anderes sich ergibt". Er wurde aber von der zweiten Kommission in dieser Form gestrichen, weil man darüber einig war[1]) „die Vorschriften über den Niessbrauch nicht generell für anwendbar zu erklären".

Nachdem mit Vorstehendem in geschichtlicher Entwickelung die Selbständigkeit beider Rechtsinstitute dargelegt ist, soll nunmehr an die Feststellung derjenigen Unterscheidungsmerkmale herangetreten werden, die man für das geltende Recht als begriffliche Unterschiede bezeichnen kann. Hierbei sind folgende Punkte zu berücksichtigen:

1) Die Nussniessung ist geknüpft an eine einzige besonders qualifizierte Person, nämlich an den väterlichen Gewaltinhaber, während der Niessbrauch jedem Rechtssubjekt, also auch einer juristischen Person zustehen kann (S. o. S. 10). Sie „soll eine familienrechtliche Befugnis sein im Gegensatz zum Niessbrauch als ius in re aliena"[2]). Daraus erklärt sich auch ihre Unübertragbarkeit (§ 1658), die sich aber im heutigen Recht nicht als etwas vom Niessbrauch Verschiedenes charakterisiert. Dagegen war im älteren deutschen Recht der Leibzüchter zur Veräusserung seines Rechtes — wenigstens der Ausübung nach — befugt[3]), und im römisch-justinianischen Recht war die Vorschrift der Unvererblichkeit[4]) des usufructus kein ius cogens. (Vgl. l. 5 pr. Dig. VII, 4). Dies ist auch der Standpunkt des A.L.R. (I, 21, § 178), und der Code civil 595 erklärt den Niessbrauch allgemein für übertragbar. Andererseits kann aber auch für das geltende Recht nicht die Möglichkeit geleugnet werden, die Nutzniessung wie den Niessbrauch der Ausübung nach zu übertragen[5]) (dies ergibt sich aus § 1663). Dennoch

[1]) Protokolle bei Mugdan, S. 979. Vgl. auch Endemann, S. 401.

[2]) Eck-Leonhard, S. 483.

[3]) Heusler II, S. 127.

[4]) Dernburg, B.R. III, § 124.

[5]) Staudinger IV, S. 451, Planck IV, S. 412.

unterliegt sie nicht der Pfändung (Z.P.O. § 862, I) und fällt auch nicht — abweichend vom bisherigen Recht — in die Konkursmasse (K.O. § 1, Abs. 4), während der Niessbrauch insoweit der Pfändung unterliegt, als seine Ausübung einem andern überlassen werden kann. (Z.P.O. § 857, III).

Endemann[1]) betrachtet als zum Wesen der Nutzniessung gehörig ihre inhaltliche Gebundenheit, indem sie in erster Linie zum Unterhalt des Kindes verwendet werden müsse, eine Eigenschaft, die Kohler[2]) „Zweckbelastung" nennt. Allein de lege lata ist daran festzuhalten, dass die Unterhaltungspflicht des Vaters[3]) keine dingliche Last der Nutzniessung ist (anders der Code 385, s. u.), sondern die Folge des Verwandtschaftsverhältnisses, was schon daraus hervorgeht, dass der Vater trotz Fehlens der Nutzniessung zur Unterhaltungspflicht angehalten ist. Freilich ist ein enger Zusammenhang zwischen ihnen unverkennbar, wie z. B. die §§ 1602, II, 1606, II, Satz 3, 1666, II beweisen.

2) Die Nutzniessung des B.G.B. unterscheidet sich ferner dadurch vom Niessbraush, dass das Gesetz mit ihr ein besonderes, umfassendes Verwaltungsrecht verbindet, was besonders zu erwähnen ist[4]), „als es bei einem Vergleich zwischen Nutzniessung und Niessbrauch Elemente zu der Nutzniessung trägt, einmal solche, die aus dem Niessbrauch allein resultieren, und wieder andere, die der Niessbrauch nicht zeigt". (Vgl. dagegen für das röm. R. o. S. 12)[5]). Dass mitunter beide getrennt vorkommen, ändert nichts an ihrer grundsätzlichen Zusammengehörigkeit, denn jene Fälle kennzeichnen sich als Ausnahmen.

---

[1]) Endemann, S. 867.

[2]) Kohler, S. 260.

[3]) Motive IV, S. 677, 789. Planck IV zu § 1654, Staudinger IV, S. 447.

[4]) Pohl, S. 17.

[5]) Im r. R. ist der Inhalt des usus fructus paternus Nutzung und Verwaltung.

Schliesslich ist noch zu erörtern, ob die Nutzniessung ein dingliches Recht ist wie der Niessbrauch oder nicht[1]). M. E. ist die Frage mit Rücksicht auf die auch durch die geschichtliche Entwickelung charakterisierte Aehnlichkeit mit dem Niessbrauch zu bejahen[2]). Der dagegen gemachte Einwand, dass die Nutzniessung ein familienrechtliches Institut sei, beweist nichts dagegen. denn diese Eigenschaft schliesst die Dinglichkeit nicht aus, obwohl die Nutzniessung nicht im Sachenrechte einen Platz in dem numerus clausus der dort abgehandelten dinglichen Rechte gefunden hat. Aber eine Modifikation ihrer dinglichen Natur[3]) erleidet sie durch § 1659, I, indem die Gläubiger sich an das Kindesvermögen halten können[4]). Dass dieser Umstand jedoch nicht dazu veranlassen darf, die Dinglichkeit der Nutzniessung überhaupt zu leugnen, zeigt ein vergleichender Rückblick auf das väterliche Nutzungsrecht in den bisher geltenden Rechten, wo dessen dinglicher Charakter unbestritten feststand[5]). So war z. B. nach Sächs. B.G.B. § 1826 und nach A.L.R. II, 2, §§ 167, 203 mangels des Vorhandenseins eines freien Vermögens das unfreie Vermögen den Kindesgläubigern für Deliktsschulden des Kindes verhaftet. Im Unterschied vom Niessbrauch ist also die Nutzniessung ein an die Person des väterlichen Gewaltinhabers eng gebundenes mit erhöhten Verwaltungsbefugnissen ausgestattetes modifiziert-dingliches Nutzungsrecht.

§ 3. Unterschiede in der Entstehung.

Entstehungsgründe für den Niessbrauch sind entweder rechtsgeschäftliche Bestellung oder bei beweglichen Sachen auch Ersitzung. (§ 1033). Das römische Recht kannte als

---

[1]) Vgl. zu Folgendem: Pohl, S. 21 ff., Leisterer, S. 15 ff.

[2]) Inwiefern der Niessbrauch an Rechten dinglich ist, darüber vgl. Endemann, S. 411 f.

[3]) Knitschky, S. 210.

[4]) ohne Rücksicht auf die Nutzniessung zu nehmen.

[5]) Motive IV, S. 784 ff.

weitere Entstehungsgründe noch Begründung durch adiudicatio auf Grund einer Teilungsklage und durch Vermächtnis[1]). (Nach B.G.B. begründet die Anordnung eines Niessbrauchs durch Vermächtnis für den Beschwerten nur die obligatorische Verpflichtung zur Bestellung. § 2174). Das Gebundensein der Nutzniessung an die elterliche Gewalt des Vaters aber bringt es mit sich, dass sie schon kraft Gesetzes mit dem Eintritt des Gewaltverhältnisses (mag es patria potestas, mundium, väterliche oder elterliche Gewalt heissen) entsteht. Es tritt daher nach heutigem Recht in der Regel mit der Geburt des Kindes die väterliche Nutzniessung ein und dauert, solange das Gewaltverhältnis besteht. Allerdings wird diese Regel insofern von Ausnahme durchbrochen, als dem Vater mitunter trotz Fehlens der elterlichen Gewalt die Nutzniessung — wenn auch nicht der Ausübung nach — zusteht (§ 1676 c. § 1656) und umgekehrt trotz Vorhandenseins derselben ihm mangeln kann. (§ 1662). Vgl. auch die Motive[2]), die „die elterliche Nutzniessung nicht als ein von der elterlichen Gewalt völlig unabhängiges, neben ihr bestehendes Recht, sondern als einen, allerdings mehr accidentalen, Bestandteil der elterlichen Gewalt" bezeichnen.

Die von Gesetzes wegen entstehende Nutzniessung ist abweichend vom Niessbrauch auch möglich an unübertragbaren Rechten. Dazu bemerken die Motive[3]): „Insbesondere geht der Entwurf davon aus, dass auch solche Rechte, an welchen, weil dieselben kraft positiver Bestimmung nicht übertragbar sind, durch Rechtsgeschäft ein Niessbrauch nicht begründet werden kann, wie der ehelichen Nutzniessung, so auch der elterlichen Nutzniessung unterliegen". Die nähere Begründung liegt in folgendem: In Verfolg der Mot. IV, S. 167 bei dem ähnlichen Institut der ehemännlichen Nutzniessung entwickelten Gedanken lässt sich sagen, dass

---

[1]) Czyhlarz, S. 137.
[2]) Motive IV, S. 726.
[3]) Motive IV, S. 771.

wenn das Gesetz gewisse Rechte für nicht übertragbar erklärt und solche Rechte auch nicht mit einem Niessbrauch belasten lässt (§ 1069), dies daran liegt, dass entweder der Gegenstand des betreffenden Rechts dem Berechtigten im Interesse seines Lebensunterhaltes gesichert werden soll, oder dass die Unübertragbarkeit in Rücksichten des öffentlichen Dienstes liegt. Bei der elterlichen Nutzniessung kommen nun die aus letzterem Grunde unübertragbaren Ansprüche deswegen garnicht in Frage, weil nach § 1651 das, was das Kind durch seine Arbeit im öffentlichen Dienste erwerben würde, freies, der elterlichen Nutzniessung nicht unterworfenes Kindesvermögen ist; der erstere Grund für die Unübertragbarkeit und das Belastungsverbot kann kein solcher für eine Ausschliessung der Nutzniessung sein, weil dem Vater vom Gesetze die Unterhaltspflicht vorgeschrieben ist. (Vgl. o. S. 17). Nach Gesagtem[1]) ist also beispielsweise die Nutzniessung an einem Niessbrauch des Kindes möglich, in der Weise, dass der Vater den Niessbrauch selbst ausübt.

Zwei Besonderheiten in der Entstehung zeigt die Nutzniessung an Grundstücken. Obwohl sie nämlich ein dingliches Recht ist, wird sie nicht in das Grundbuch eingetragen, während für den Niessbrauch an einem Grundstück diese Eintragung erforderlich ist. (§ 873). Die Eintragung der Nutzniessung[2]) wäre nämlich nicht nur zwecklos, sondern nicht einmal zulässig, da der Kreis der eintragungsfähigen Rechte ein geschlossener ist. Die bisherigen Rechte gaben hierfür abweichende Bestimmungen. Das sächs. B.G.B. (§ 1819 c. 1670) liess zwar die Eintragung zu, verlangte sie aber nicht ausdrücklich zur Wirksamkeit gegen Dritte wie beim rechtsgeschäftlichen Niessbrauch (§ 646), während in Preussen diese Vorschrift bestand[3]). (Gesetz über den Eigentumserwerb der Grundstücke vom 5. V. 1872, § 12, I.)

---

[1]) Vgl. Leisterer, S. 26 f.

[2]) Motive IV, S. 775 f.

[3]) Mathis: Die preussischen Grundbuchgesetze, Anm. 2, S. 20.

Da ferner die Nutzniessung, wie das selbstverständlich ist, stets nur das jeweilig vorhandene Kindesvermögen ergreift (die zweite Kommission hatte den bezüglichen § 1521 des I. Entwurfs als überflüssig gestrichen[1]), so ergibt sich ein Unterschied vom Niessbrauch bezüglich der für denselben geltenden Vorschrift des § 1031: der Niessbrauch an einem Grundstück erstreckt sich im Zweifel oder im Fall der dahingehenden Willensübereinstimmung der Parteien auch auf das Grundstückszubehör. Der Nutzniessung ist auf jeden Fall dass Grundstückszubehör unterworfen, das zu dem Kindesvermögen gehört[2]).

§ 4. Unterschiede im Umfang.

Der Umfang des der Nutzniessung unterworfenen Vermögens ist kein von vornherein festbestimmter. Denn es ist keine unveränderliche, konstant bleibende Vermögensmasse, sondern alles, was hinzuerworben wird, fällt (mit Ausnahme der vom Gesetz für freies Vermögen erklärten Gegenstände) in dasselbe und wird von der Nutzniessung mit ergriffen. Diese Expansionsfähigkeit besitzt der Niessbrauch nicht. Nur dasjenige Vermögen unterliegt ihm, das zur Zeit seiner Entstehung vorhanden ist, bei dem durch Rechtsgeschäft begründeten Niessbrauch also nur, insoweit es von dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten umspannt wird. Durch § 310 ist überhaupt der auf Belastung eines künftigen Vermögens mit einem Niessbrauche hinzielende Vertrag, weil gegen die guten Sitten verstossend, für nichtig erklärt. Aus der erwähnten Expansionsfähigkeit der Nutzniessung folgt auch, dass der Vater an der seinem Kinde als Eigentümer gebührenden Hälfte eines Schatzes, der in einer der Nutzniessung unterworfenen Sache gefunden wird, ebenfalls die Nutzniessung erlangt. Das Gegenteil bestimmt in Uebereinstimmung mit vielen neueren Kodifikationen

---

[1]) Protokolle bei Mugdan S. 979.

[2]) Knitschky, S. 196.

§ 1040 für das Recht des Niessbrauchers. Die gleiche Unterscheidung ist im römischen Recht[1]) zu machen, als Singularität wäre noch die für das väterliche Nutzungsrecht im Vergleich zu l. 68 Dig. VII, 1 abweichende Beurteilung zu erwähnen. (Der Niessbraucher erhält an dem partus ancillae nicht den Niessbrauch, wenn auch die Sklavin in seinem Niessbrauch steht)[2]). Der Grundsatz, dass die väterliche Nutzniessung das unfreie Kindesvermögen nur in seinem jeweiligen Umfange ergreift, zeitigt ferner einen Unterschied betreffs der durch § 1060 für den Niessbrauch geltenden Regel. Dieser Paragraph bestimmt, dass für den Fall des Zusammentreffens eines Niessbrauchs mit einem anderen Nutzungsrechte an dem Gegenstande jeder Berechtigte eine zweckentsprechende Regelung der Ausübung verlangen kann, wofern beide Rechte gleichen Rang haben. Diese Ranggleichheit[3]) kann nun für die väterliche Nutzniessung garnicht in Frage kommen, denn sie ergreift das Kindesvermögen nur insoweit es von einem anderen Rechte noch frei ist; dieses steht ihr, selbst wenn es erst nach Beginn der Nutzniessung begründet wird, stets im Range voran.

§ 5. Unterschiede im Inhalt.

A. In den Rechten des Niessbrauchers und Nutzniessers.

I. Geschichtlicher Ueberblick.

Bei der Begriffsbestimmung des Niessbrauchs im römischen Recht ist bereits oben (S. 11) die Vorschrift die Sache „salva substantia“ zu gebrauchen, besonders betont worden. Unwesentliche Aenderungen sind dem Usufruktuar freilich gestattet, insofern durch sie die Sache „nach den

[1]) Marezoll, S. 370 f., Elvers, S. 214, Jacobsohn, S. 30.
[2]) Elvers, S. 214.
[3]) Leisterer, S. 48.

Ansichten des Verkehrs ihrer Art nicht entzogen wird.“ Vgl. Dig. VII, 1, l. 7, § 3, l. 13, § 7:

„Sed si aedium usus fructus legatus sit, Nerva filius et lumina immittere eum posse ait: sed et colores et picturas et marmora poterit et sigilla et si quid ad domus ornatum.“

Dass ihm Veränderungen zum Zwecke der Ausbesserung und Erhaltung der Sache nicht nur gestattet, sondern sogar geboten sind, ist selbstverständlich. Vgl. Dig. VII, 1, l. 7, § 2, l. 44 in fine:

„aliudque est tueri quod accepisset an novum faceret.“

Der Vater ist in seinen Befugnissen freier gestellt. Die einschlägige Stelle ist Cod. VI, 60, l. 1. § 1.

„Parentes autem, penes quos maternarum rerum utendi fruendique tantum potestas est, omnem debent diligentiam adhibere et quod iure filiis debetur, in examine per se vel per procuratorem poscere et litem inferentibus resistere atque ita omnia agere, tamquam solidum perfectumque dominium (scil: eis adquisitum fuisset).“

Wenn danach der Vater mit den Adventitien (die lex cit. bezieht sich nicht nur auf die bona materna, vergl. Jacobsohn S. 19) schalten und walten darf, wie er will, wie ein wahrer Eigentümer, so muss man ihm auch die Befugnis der wesentlichen Substanzänderung zugestehen[1]). Freilich ist diese Befugnis cum grano salis zu verstehen: deteriorieren darf er die Substanz nicht, wie aus der l. 8, § 4, C. VI, 61 hervorgeht:

„Hoc procul dubio observando, ut . . . . omnia circa usumfructum faceret, quae nullo modo proprietatem possint deteriorem facere.“

So wird z. B., wenn sich die Möglichkeit ergibt, aus einem Weinberg des Kindes einen Steinbruch zu machen, der Vater hierzu befugt sein, wenn der Ertrag des Steinbruchs ein höherer sein würde. Vgl. auch Dernburg, Pand., III, S. 68. Ja, unter Umständen wird das für den Vater und Usufruktuar gemeinsam geltende Veräusserungsverbot bei dem

---

[1]) Marezoll S. 370.

väterlichen Nutzungsrecht von Ausnahmen durchbrochen. Der Vater darf nämlich Kindesgut veräussern, um Verpflichtungen, die auf diesem lasten, zu begleichen. Vgl. Cod. VI, 61, l. 8, § 4:

„Sin autem aes alienum ex defuncti persona descendit, eum etiam apud veteres haec esse substantia intellegitur, quae post detractum aes alienum supersederit, habeat pater licentiam ex rebus hereditariis primum quidem mobilibus, sin autem non sufficumt, et immobilibus sufficientem partem filii nomine [1]) venumdare, ut ilico reddatur aes alienum et non usurarum onere praegravetur. u. s. w.“

Nur wenn die Lasten in periodischen Leistungen bestehen [2]), darf der Vater den Stamm des Vermögens nicht angreifen.

eod. „si quidem tales reditus sunt, qui sufficiunt ad annalia legata, pater ex huiusmodi reditibus haex dependere compelletur.“

Streitig ist, ob der Vater mit Zustimmung des Kindes allgemein Adventitien veräussern darf, während natürlich der Usufruktuar mit Konsens des Eigentümers stets diese Befugnis hat. M. E. ist der Fall für den Vater nicht anders zu behandeln. Massgebend für die Beurteilung in diesem Sinne ist die von v. Wening-Ingenheim (zitiert bei Marezoll S. 405) angeführte l. 8, § 5, Cod. VI, 61, wonach den Kindern mit Konsens des Vaters die Veräusserung von Adventitien gestattet ist [3]). Daraus folgt „von selbst auch die Befugnis des Vaters, dergleichen Veräusserungen mit Genehmigung der seiner väterlichen Gewalt unterworfenen mündigen Kinder vorzunehmen [4]).“ Warum sollte man auch, da doch der praktische Effekt durch beide Arten der Veräusserung in gleicher Weise erreicht wird, dem Vater dies Recht nicht zugestehen? Auch in der durch l. 8, § 5, Cod. VI, 61

[1]) Ueber die Bedeutung des „filii nomine“ vgl. Marezoll S. 380 ff., Kohler, S. 257 ff.

[2]) Windscheid-Kipp III, S. 74.

[3]) Jacobsohn S. 44, Cuntz. S. 20, Anm. 5, Seuffert VIII, 60.

[4]) Windscheid-Kipp III, S. 74, A. 14.

dem Vater gewährten Veräusserungsbefugnis von unnützen und schädlichen Sachen liegt keine Verschiedenheit vom Niessbraucher[1]).

Eine Besonderheit ist der Niessbrauch an verbrauchbaren Sachen (quasiususfructus). Er kann nur in der Weise bestellt werden, dass dem Niessbraucher das Eigentum an den Komsumptibilien übertragen wird und er nach Beendigung seines Rechts verpflichtet ist eine gleiche Menge gleichartiger Sachen zu leisten. Wenn auch wirtschaftlich damit derselbe Erfolg erreicht wird wie mit einem wahren Ususfrukt, so ist doch zu beachten, dass beide Arten ihrer juristischen Konstruktion nach verschieden sind. Ob und wie nun ein ususfructus paternus an verbrauchbaren Sachen bestanden hat, ist nicht ohne weiteres aus den Quellen zu entnehmen. Aber Justinian macht bei Erwähnung des dem väterlichen Nutzungsrechte unterworfenen Vermögens keine Ausnahme betreffs der verbrauchbaren Sachen; ganze Vermögensinbegriffe, Erbschaften fielen unter die Adventitien[2]), die vielleicht zum grössten Teile aus verbrauchbaren Sachen (Geld) bestanden haben mögen. Man wird füglich ein dem quasiususfructus analoges Recht des Vaters annehmen müssen. Gleichwohl erleidet er in Ansehung dieses Rechts eine Beschränkung; für den Fall der Veräusserung unnützer oder schädlicher Sachen „pretium earum vel in res et causas hereditarias procedat vel filio servetur“[3]). Aber hieraus und aus dem grundsätzlichen Veräusserungsverbot der Adventitien allgemein dem Vater die Verwendung verbrauchbarer Sachen untersagen zu wollen (Seuffert XVII, Nr. 65: „Die nach den Grundsätzen des quasi ususfructus erlaubte Verwendung zu eigenen Zwecken des Vaters wird hierdurch direkt ausgeschlossen“) ist unbegründet. Vgl. Dernburg III, S. 68.

[1]) Jacobsohn S. 40.
[2]) Marezoll S. 261 ff., 362 ff.
[3]) l. 8, § 5. Cod. VI, 61.

Einen weiteren Unterschied des väterlichen „Dispositionsniessbrauchs[1]," vom Usufrukt glaubt Kohler darin zu sehen, dass der Vater den juristischen Besitz an den Adventitien hat. Für seine Ansicht könnten geltend gemacht werden[2]):

l. 6, § 2 Cod. VI, 61. „Et nullo modo audeat filius vetare eum cuius in potestate est, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare."

l. 8, § 7, eod. „Qualis enim usufructus potest ei adquiri, qui momentarius esse ostenditur? Si enim in ipso momento necesse habet, eum, et possidere et libertate donare, in talem hominem qualis usufructus patri potest adquiri?

Ebenso spricht er demzufolge dem Vater auch den Eigentumserwerb an den Früchten anders als einem Usufruktuar bereits mit der Separation zu. Die Ausdrücke tenere und possidere sind aber hier zu wenig markant, um als Stützpunkt einer Theorie dienen zu können. Und wenn Kohler durch seine „allgemeine Theorie des Dispositionsniessbrauchs" den juristischen Besitz des Vaters darzutun sucht, so beweist dies doch de lege lata für das römische Recht nichts. Hingegen hat der Vater die Befugnis, die das Kindesgut betreffenden Prozesse im eigenen Namen zu führen. l. 1, Cod. VI, 60.

Auch für das ältere deutsche Recht kann man hinsichtlich des Rechts der Leibzucht das Verbot der wesentlichen Substanzänderung feststellen. Vgl. Heusler II, S. 127, Monumenta Boica X, 189 No. 118: „Der Eigentümer klagt, dass der Leibzüchter den Acker, den er zu Leibgeding habe, nicht „„wesenlich und baulich"" halte, sondern Steine daraus breche und einen Steinbruch daraus mache. Antwort: er habe nur daraus brechen lassen, was den Pflug irre. Urtheil: er soll den Acker ledig und müssig machen und keine Steine daraus brechen . . . "

---

[1]) Kohler, S. 302ff.

[2]) Marezoll, S. 368.

Grundsätzlich mangelt ihm auch die Veräusserungsbefugnis. Dagegen ist der Vater zu Veräusserungen befugt[1]):

1. Im Falle der Not des Kindes. (Brokmerbrief: „So darf weder Vater noch Mutter, Schwester oder Bruder, noch irgend ein Mann des unjährigen Kindes Erbe verkaufen oder versetzen, ihn treibe denn Hunger oder gewaltsamer Brand oder Ueberschwemmung und Deichbruch, so soll man das tun mit Rat der Blutsfreunde.“)
2. Zur Bezahlung der Kindesschulden,
3. Bei Teilung des Miteigentums des Kindes,
4. Allgemein für den Fall, dass er den Kaufpreis in anderem Gute anlegt.

In der Zeit nach der Rezeption erfuhr das dem Vater abweichend vom Niessbraucher gewährte Veräusserungsrecht verschiedentlich Erweiterungen. Das gemeine Recht gestattete die Veräusserung von Kindesvermögen nicht nur wie das römische Recht, wenn es sich um unnütze oder schädliche Sachen handelte, sondern auch, wenn sie dem Kinde zu augenscheinlichem Nutzen gereichte[2]). Das sächs. B.G.B. (§ 1818) gestattete dem Vater die Veräusserung von Mobilien (mit einigen Ausnahmen, zu deren Veräusserung das Vormundschaftsgerichts im Falle der Not oder des offenbaren Nutzens für das Kind die Genehmigung erteilen kann). Dem sächs. B.G.B. ähnlich ist das Züricher B.G.B.[3]). Auch im A.L.R. hat der Vater die Befugnis der Mobiliardistraktion. Dies geht implicite daraus hervor, dass der Vater für nicht mehr vorhandene Mobilien und Effekten des Kindes nur den Wert zum Zeitpunkt der Uebernahme zu ersetzen hat. (A.L.R. II, 2, § 279, 280[4]). Betr. seiner dem Niessbraucher ähnlichen Beschränknng in der Befugnis zur Substanzänderung vgl. II, 2, 170[5]).

[1]) Kraut, S. 19ff.

[2]) Kohler S. 263, Witting. S. 27, Seuffert, III, Nr. 335, Stölzel S. 31.

[3]) Kohler, S. 265.

[4]) Dernburg, Preuss. Privatr. S. 162.

[5]) Förster-Eccius II, S, 162, Stölzel S. 33.

Ueber die Unterschiede beider Nutzungsrechte in Ansehung verbrauchbarer Sachen im älteren deutschen Recht lässt sich nichts näheres sagen, weil die Quellen keine besonderen Vorschriften betreffs der Konsumptibilien enthalten[1]). Soviel aber ist wenigstens über das Recht des Vaters festzustellen, dass ihm mitunter die freie Verfügung über Kapitalien genommen war. Vgl. Naumburger Recht von 1337, § 9, zitiert bei Stobbe-Lehmann IV, S. 414, Anm. 6. „Im Fall der Veräusserung soll das Geld wieder für die Kinder angelegt werden." (Vgl. im röm. R. oben S. 25). Die neueren Kodifikationen[2]) verweisen auf die entsprechenden Vorschriften über den Niessbrauch (Sächs. B.G.B. § 660, A.L.R. II, 2, § 168), stellen aber den Vater insofern schlechter wie den Niessbraucher, als in bestimmten gesetzlich geregelten Fällen Geld seiner freien Verfügung entzogen ist, z. B. A.L.R. II, 2, § 174. „Auch nach dem sächs. B.G.B. § 1818 und dem Code 457 ist anzunehmen, dass wenn zu einer Veräusserung die Genehmigung der obervormundschaftlichen Behörde erforderlich ist, die letztere ihre Genehmigung von Bedingungen abhängig machen kann, welche den Erlös für das Kind sicher stellen. (vgl. Entsch. XI, Nr. 81)."

II. Geltendes Recht.

Das B.G.B. schreibt grundsätzlich nicht die Anwendung der Vorschriften des Niessbrauchs auf die Nutzniessung vor. Nur vereinzelt finden sich solche Verweisungen (s. o. S. 9), insbes. kommt § 1652 in Betracht. („Der Vater erwirbt die Nutzungen des seiner Nutzniessung unterliegenden Vermögens in derselben Weise und in demselben Umfange wie ein Niessbraucher".) Man muss sich also hüten[3]) andere als die im Gesetze ausdrücklich herangezogenen Vorschriften des Niessbrauchs auf die Nutzniessung ohne weiteres entsprechend anzuwenden.

---

[1]) v. Roth, S. 407, Anm. 13.
[2]) Motive IV, S. 778.
[3]) Knitschky, S. 194.

Der Nutzniesser hat die Befugnis der wesentlichen Substanzänderung [1]), während der Niessbraucher nur unwesentliche Veränderungen vornehmen darf und sich an die wirtschaftliche Bestimmung der Sache halten muss (§§ 1036, 1037). Sonst hat der Niessbraucher noch eine Verfügungsmacht im Rahmen von § 1048 Absatz 1: er kann, wenn ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Niessbrauchs ist, über die einzelnen Inventarstücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmässigen Wirtschaft verfügen. Das Gesetz schreibt dem Vater diese Befugnis zwar nicht ausdrücklich zu, sie ergibt sich aber aus seinem besonderen Verwaltungsrecht (§ 1627) [2]). Wenn man dem Vater diese Befugnis nicht zubilligt, könnte sich leicht eine Kollision mit dem gedachten Paragraphen ergeben. Denn da der Vater nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht zur Sorge für das Kindesvermögen hat, so sind Fälle denkbar, dass es dieser seiner Pflicht entspricht, eine zum Kindesvermögen gehörige Sache wesentlich umzugestalten, weil das Interesse des Kindes dies erfordert. Zum mindesten hätte doch alsdann das Gesetz [3]) die Einholung der vormundschaftlichen Genehmigung für eine solche Aenderung vorgeschrieben; dies ist aber nicht geschehen. Der Vater ist somit auch berechtigt auf einem Grundstück des Kindes neue Anlagen zur Gewinnung von Bodenbestandteilen zu errichten, selbst wenn die wirtschaftliche Bestimmung des Grundstücks dadurch wesentlich verändert wird. (Vgl. § 1037). Er hat ferner, soweit dies seiner Verwaltungsbefugnis entspricht [4]), das Verfügungsrecht über unverbrauchbare Mobilien, ist selbst zu Schenkungen befugt, die durch Sitte oder Anstand geboten sind (§ 1641, Satz 2), bedarf aber zu Verfügungen über Immobilien der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

[1]) Cosack, II, S. 551, Dernburg, Bürg. R. IV, S. 263.
[2]) Dernburg, Bürg. R. IV, S. 263.
[3]) Vgl. Knitschky, S. 194.
[4]) Cosack, II, S. 553.

Betreffs der Nutzniessung an verbrauchbaren Sachen gibt das B.G.B. eine vom Niessbrauch abweichende Regelung. Der Niessbraucher erlangt an ihnen wie im bisherigen Recht das Eigentum [1]). Der Nutzniesser erlangt nicht das Eigentum an ihnen, er darf sie aber nach Gutdünken für sich veräussern oder verbrauchen (§ 1653) und ist nur — in der Regel bei Beendigung seines Rechts — zur Erstattung ihres Wertes verpflichtet. In Hinsicht der wichtigsten verbrauchbaren Sachen, von Geld, gilt aber die besondere Bestimmung, dass er zum Verbrauch nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts befugt ist. Hat er diese Genehmigung nicht, so muss er das Geld auf Zinsen und in mündelsicherer Weise anlegen oder mit Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts auch in anderer Weise. Einen zur Bestreitung von Ausgaben erforderlichen Betrag kann er auf beliebige Weise aufbewahren (§ 1642). Die praktische Konsequenz, die die Regelung der Nutzniessung an Konsumptibilien durch § 1653 mit sich bringt, tritt z. B. hervor bei einer gegen den Vater gerichteten Zwangsvollstreckung. Da die noch unverbrauchten Konsumptibilen nicht in das Eigentum des Vaters übergegangen sind, so kann die Zwangsvollstreckung in sie nicht betrieben werden, während dies bei einer dem Niessbrauch analogen Regelung der Nutzniessung möglich wäre. Die vom Gesetz getroffene Regelung dient also den Interessen des Kindes besser.

Eine besondere Regelung erfährt durch das B.G.B. auch die Nutzniessung an einem Erwerbsgeschäft, während es über die entsprechende Frage beim Niessbrauch (ebenso wie bei der ehemännlichen Nutzniessung) schweigt. Nach § 1655 erhält der Vater von einem von ihm im Namen des Kindes betriebenen Erwerbsgeschäfte nur den jährlichen Reingewinn, für den Fall eines Verlustes in einem Jahre hat er sogar erst die Ausgleichung des Verlustes abzuwarten. Das Geschäft als solches ist also der Nutzniessung unterworfen, nicht etwa die einzelnen unverbrauchbaren Sachen, ver-

[1]) Das ist aber nur dispositive Bestimmung (Motive III, S. 534)

brauchbaren Sachen und Rechte. Soll man nun die Bestimmung des § 1655 als eine singuläre Vorschrift auffassen und für den Niessbrauch an einem Erwerbsgeschäfte alsdann die allgemeinen Vorschriften über den Niessbrauch an einem ganzen Vermögen in Anwendung bringen oder ist die Analogie von § 1655 anzunehmen? Man beachte die ratio legis:

Wenn das B.G.B. für die väterliche Nutzniessung jene besondere Bestimmung erlässt, so geschieht das aus dem Grunde[1]), einen so wichtigen Vermögensbestandteil, wie er ein Erwerbsgeschäft ohne Frage ist, dem Kinde als Ganzes zu erhalten[2]) und der Nutzniessung an demselben eine möglichst zweckentsprechende Regelung zu geben, so dass sie den Interessen des Vaters und des Kindes in gleicher Weise gerecht wird. Eine besondere Regelung für den Niessbrauch war deswegen überflüssig, weil sich dort zwei voll geschäftsfähige Personen gegenüberstehen, die sich durch freie Parteidisposition über die Art und Weise des Niessbrauchs an einem Erwerbsgeschäfte einigen können[3]). Vgl. auch Mot. III, S. 559: „Es fragt sich, ob ein Bedürfnis besteht, der Unvollständigkeit in der Erklärung des Parteiwillens durch dispositive Rechtsnormen zu Hilfe zu kommen, und ob es möglich ist, derartige Rechtsnormen aufzustellen, die zu einer allgemeinen Anwendung sich eignen und von denen anzunehmen ist, dass sie in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Absicht der Beteiligten entsprechen.“ So auch Planck III, S. 396, der aber die Bestimmung des § 1655 dann analog für den Niessbrauch angewendet wissen will, wenn die Fortführung des Geschäfts für Namen und Rechnung des Bestellers vereinbart ist. Vgl. auch Dernburg, Bürg. R. III, S. 547. Als Besonderheit ist hervorzuheben, dass selbst fällige Ansprüche des Vaters auf den Reingewinn nur beschränkt pfändbar sind[4]) (Z.P.O. §§ 862 II c. 861, I, Satz 2). Durch

[1]) Motive IV, S. 782 ff.
[2]) Vgl. Opet, S. 264 f.
[3]) Vgl. Staudinger III, S. 186.
[4]) Staudinger IV, S 451.

§ 1655 ist jedoch die Möglichkeit einer anderweitigen vertragsmässigen Gestaltung der Nutzniessung an einem Erwerbsgeschäft nicht ausgeschlossen[1]).

Der Niessbraucher ist nach § 1036, I zum Besitz der Sache berechtigt. Für den Nutzniesser[2]) versteht sich das Gleiche trotz des Mangels einer besonderen Bestimmung von selbst. Auch insofern besteht kein Unterschied, als das Kind ebenso wie der Eigentümer mittelbarer Besitzer ist[3]). Dies folgt aus § 868, („oder in einem ähnlichen Verhältnisse).“ Den mittelbaren Besitz des Kindes bestreitet anscheinend Endemann[4]), da derselbe Grund, der ihn zur Ablehnung des mittelbaren Besitzes der Ehefrau bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung führt, für ihn dieselbe Konsequenz bei der väterlichen Nutzniessung zeitigen müsste. Dieser Grund ist: „Der Ehemann (der Vater) hält den Besitz zu eigenem Recht inne. Er steht nicht in einem rechtsgeschäftlichen Abhängigkeitsverhältnis zu der Frau (dem Kinde), wonach er diese als Oberbesitzer anerkennen müsste.“ Den mittelbaren Besitz aber abhängig machen zu wollen von einer rechtsgeschäftlichen Grundlage, ist nicht gerechtfertigt. Zwar betreffen die in § 868 genannten Beispiele, auf denen der mittelbare Besitz beruht, sämtlich rechtsgeschäftliche Verhältnisse, jedoch besagt der gedachte Paragraph weiterhin nicht etwa, dass der mittelbare Besitz auch auf einem ähnlichen rechtsgeschäftlichen Verhältnisse, sondern nur, dass er auf einem ähnlichen Verhältnisse beruhen kann. Eine verschiedene Regelung erfährt hingegen das Besitzrecht des Berechtigten bei Niessbrauch und Nutzniessung bezüglich der Inhaber- und mit Blankoindossament versehenen Orderpapiere. Dem Niessbraucher und dem Eigentümer steht der Besitz an ihnen nämlich gemeinschaftlich zu, nur der Besitz der dazu gehörigen Zins- Renten- oder Gewinn-

---

[1]) Motive IV, S. 784, Staudinger, IV, S. 448.
[2]) Protokolle bei Mugdan IV S. 979, Staudinger IV, S. 445.
[3]) Cosack II, S. 551. Planck, Anm. zu § 868, Pohl, S. 27.
[4]) Endemann, § 176, Anm. 12.

anteilscheine gebührt dem Niessbraucher allein (§ 1081). Der Vater hingegen hat an diesen Papieren den Alleinbesitz. Dies folgt einmal aus dem Mangel eines besonderen Hinweises auf § 1081 bei der Nutzniessung (s. o. S. 28), zweitens aus der Befugnis des Ehemanns zum Alleinbesitz, denn der Vater „nimmt dem Kinde gegenüber als Familienhaupt eine machtvollere Stellung ein als der Mann gegenüber der Frau [1]).“ Es ergeben sich weiterhin eine ganze Reihe von Unterschieden, die unmittelbar aus der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Kindes und der infolgedessen eintretenden gesetzlichen Vertretungsmacht des Vaters resultieren. Nach § 1066, II kann bei Bestehen des Niessbrauchs an dem Anteil eines Miteigentümers die Aufhebung der Gemeinschaft nur vom Miteigentümer und Niessbraucher gemeinschaftlich verlangt werden, nach §§ 1077, II, Satz 1, 1078, 1079 haben [2]), wenn an einer verzinslichen Forderung ein Niessbrauch besteht, Gläubiger und Niessbraucher die Pflicht, erforderlichenfalls zur Kündigung, Einziehung und zur Anlegung des eingezogenen Kapitals mitzuwirken. Ein gemeinschaftliches Handeln für Niessbraucher und Eigentümer ist auch vorgeschrieben bei der Einziehung des fälligen Kapitals von Inhaber- und mit Blankoindossament versehenen Orderpapieren und für sonst erforderliche Massnahmen (§ 1083), ferner muss die eine Partei auf Verlangen der andern das betreffende Papier bei einer Hinterlegungsstelle in der gesetzlich vorgeschriebenen Art hinterlegen (§ 1082). Zur Ausübung aller dieser Handlungen ist der Nutzniesser allein befugt, da die Mitwirkung des von ihm vertretenen Kindes ersatzlos fortfällt. Aus demselben Grunde folgt weiter, dass die Kündigung einer verzinslichen Forderung seitens des Schuldners an den Vater allein zu richten ist, während nach § 1077, II der Schuldner wirksam nur gegenüber Niessbraucher und Gläubiger kündigen kann. Die Verfügungsunfähigkeit des Kindes macht auch eine dem § 1071 analoge Bestimmung

---

[1]) Staudinger IV, S. 109, Pohl S. 27.

[2]) Vgl. Motive IV, S. 781 ff. auch für das frühere Recht.

für den Vater überflüssig, wonach zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung eines mit dem Niessbrauche belasteten Rechts die Zustimmung des Niessbrauchers erforderlich ist. Die im § 1058 zu Gunsten des gutgläubigen Niessbrauchers aufgestellte Präsumption, dass im Verhältnis zwischen Niessbraucher und Eigentümer der Besteller als Eigentümer gelte, kommt für die Nutzniessung deshalb nicht in Betracht, weil sie nicht „bestellt" wird. Auch § 1038 wäre, selbst wenn man seinen Inhalt als zu Art und Umfang des Nutzungserwerbs gehörig betrachtet[1]), für die Nutzniessung unanwendbar. Nach § 1038 kann, wenn ein Wald, ein Bergwerk oder eine andere ähnliche Anlage einem Niessbrauch unterliegt, sowohl der Eigentümer wie der Niessbraucher Feststellung bezw. Aenderung eines Wirtschaftsplanes verlangen. Denn das beschränkt geschäftsfähige Kind kann, da der Vater sein Vertreter ist, garnicht dies Verlangen stellen. Und da dem Vater die Sorge für das Kindesvermögen zur Pflicht gemacht ist, erübrigt sich ohnedies die Vorschrift einer Feststellung des Wirtschaftsplans; denn was anderes wäre der Zweck einer solchen als damit eine rationelle Behandlung der fraglichen Sache zu sichern.

B Unterschiede in den Pflichten des Niesbrauchers und Nutzniessers und den der Gegenpartei gewährten Schutzmitteln.

Niessbrauch und Nutzniessung bringen für den Berechtigten auch Pflichten mit sich. Die Pflichten sollen dem Interesse der Gegenpartei dienen. Dieses kann aber auch gewahrt werden durch besondere Sicherheitsmassregeln. Daher rechtfertigt sich die gleichzeitige Behandlung beider Punkte.

I. Geschichtlicher Ueberblick.

Im römischen Recht hat der Eigentümer gegenüber dem Usufruktuar unbedingten Anspruch auf die „cantio usufructuaria. (s. o. S. 12). Der Vater ist von ihrer Leistung befreit, wie l. 8, § 4 Cod. VI, 61 beweist:

---

[1]) Knitschky S. 197, Planck IV, S. 407.

„Paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus et ab aliis omnibus, quae usufructuarii extranei a legibus exiguntur.“

Auch hinsichtlich verbrauchbarer Sachen ist der Vater nicht zur cautio usufructuaria verpflichtet[1]), da die Quellen keine besonderen Vorschriften darüber enthalten. Ebenso nun, wie das Schweigen der Quellen über die Rechte des Vaters an Konsumptibilien überhaupt dahin führt, ein dem quasiusufructus ähnliches Recht des Vaters anzunehmen und bezüglich dieses Rechts keine Ausnahme zu machen, ebenso wenig darf man betreffs der Dispensation von der cautio bei dem Nutzungsrecht des Vaters an Konsumptibilien eine Ausnahmeregel konstruieren. Dagegen ist sowohl in der Wissenschaft wie in der Rechtsprechung lebhaft bestritten gewesen, ob nicht der Vater wenigstens im Falle seines das Kindesvermögen gefährdenden Verhaltens die cautio zu leisten habe. Als massgebende Stelle wird die l. 13, § 2, Cod. IX, 51 zitiert:

„Nam si patria potestate ad corrumpendi atque effundendi patrimonii licentiam abutetur, ut furioso ac dementi, item prodigo, libidinum omnium vitiorumque servo non est eorum pecunia committenda. Ab administratione fugiat neque tutor esse desinat.“

Manche, unter ihnen Windscheid, sehen in dieser Stelle einen Gegensatz zu der oben zitierten l. 8. § 4, Cod. VI, 61, indem sie behaupten, dass in dieser l. 13 die Entziehung der Verwaltung des Vaters angeordnet ist. Hieraus soll auch eine eventuelle Pflicht zur Sicherheitsleistung gefolgert werden. Dieser Auffassung[2]) ist m. E. nicht beizupflichten, allerdings nicht aus dem von Marezoll[3]) angegebenen Grunde („indem nicht einmal die gewöhnliche weit beschränktere Servitut des Usufruktus durch Missbrauch verloren geht“), denn die grösseren Rechte des Vaters könnten sehr wohl grössere Pflichten im Gefolge haben.

[1]) Jacobsohn S. 33.
[2]) Jacobsohn, S. 31.
[3]) Marezoll, S. 426.

Hingegen scheint mir v. Löhrs Meinung.[1]) richtig, der der l. 13 keine allgemeine Geltung beilegt, sondern sie nur für den daselbst gegebenen singulären Fall angewendet wissen will, „dass wenn der zum Verluste der Civität Verurteilte vollständig restituiert wird, auch die väterliche Gewalt wieder hergestellt werde. Daher hört die in der Zwischenzeit für die Kinder angeordnete Tutel wieder auf, jedoch nur, wenn man dem Vater mit Sicherheit die Verwaltung übertragen könne.“ Man beachte, dass die zitierte lex von „non committere“ (nicht anvertrauen) spricht und nicht von dem „Entziehen“ einer Verwaltung.

Die l. 8, § 4 Cod. VI, 61 statuiert ferner die Freiheit des Vaters von der Pflicht zur Rechnungslegung. Jede Ausnahme, die man von diesem Satze machen will, ist gegenüber dem klaren Wortlaut der Stelle zu verwerfen.

In der Haftung dem Kinde gegenüber steht aber der Vater dem Niessbraucher gleich (l. 1 § 1 Cod. VI, 60: „omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere“.) Von einigen Juristen, darunter von Marezoll, wird zwar diese Haftung auf die bona materna beschränkt, weil die Haftung für omnis diligentia mit der Freiheit des Vaters von der Rechnunglegung unverträglich sei[2]); m. E. liegt aber darin kein Widerspruch.

Eine besondere Sicherheit geniessen die bona materna. Wegen ihrer haben die Kinder am Vermögen des Vater ein Generalpfandrecht[3]).

Das deutsche Recht kennt weder für den Vater noch einen sonstigen Nutzungsberechtigten die Pflicht zur unbedingten Sicherheitsleistung[4]). Späterhin haben einige wenige Partikularrechte eine solche vom Vater verlangt, wie die Frankf. Ref. V, 8, § 1. Neuere Kodifikationen haben

---

[1]) v. Löhr, S. 179 f.

[2]) Windscheid-Kipp III § 517, Witting, S. 26, vgl. auch Arndts, S. 432, Anm. 3.

[3]) Dernburg, Pand. III, S. 70.

[4]) Stobbe II, S. 223.

teilweise für den Niessbraucher unbedingte Kautionsleistung angeordnet, so der Code civil 601, sächs. B.G.B. § 617, während der Vater nur im Falle der Gefährdung des Kindesvermögens dazu angehalten ist (sächs. B.G.B. § 1815, Code 601 „cependant, les père et mère ayant l'usufruit légal du bien de leurs enfans . . . ne sont pas tenus de donner caution"). Von älteren Rechten verlangt eventuelle Sicherheitsleistung des Vaters[1]) das Mainzer Landrecht tit. VII, § 9: „Der Vater oder Mutter, welche in deren Kindern Güter den Niessbrauch haben, seynd keine Kaution dafür zu stellen schuldig, es seye dann, dass eine Gefahr der Verschwendung vorhanden." Vgl. auch für das A.L.R. I, 21, §§ 19,20 und II, 2, §§ 179 ff[2]).

Auch bezüglich der Inventarisationspflicht wurden im bisherigen Recht Niessbraucher und Vater verschieden behandelt. Der Niessbraucher[3]) ist teilweise allgemein dazu angehalten (A.L.R. I, 21, § 113, Code § 600), während beispielsweise das gemeine Recht und das sächs. B.G.B. diesbezüglich nichts bestimmen. Auch der Vater wird recht verschieden behandelt. Das gemeine Recht legt ihm keine Inventarisationspflicht auf, andere Rechte für bestimmte Fälle (im Falle der Wiederverheiratung u. a.). Das sächs. B.G.B. stellt den Niessbraucher insofern besser wie den Vater, als es von letzterem Inventarisation des Vermögens seiner minderjährigen Kinder verlangt (§ 1813. „Sind Kinder zu der Zeit, wo sie Vermögen erwerben, minderjährig, so hat der Vater innerhalb zweier Monate, von der Erwerbung an, ein Verzeichnis ihres Vermögens, wie er es auf Erfordern eidlich bestärken kann, bei dem Vormundschaftsgerichte einzureichen)". Dagegen war die Haftung des Vaters im sächs. B.G.B. eine mildere als die des Niessbrauchers; er haftete dem Kinde gegenüber nur für diligentia quam suis,

---

[1]) Jacobsohn, S. 32.

[2]) Zu dem Vorstehenden vgl. auch Stölzel, S. 31.

[3]) Kraut II, S. 624, Stobbe-Lehmann IV, S. 424 f., Motive III, S. 506 ff.

während der Niessbraucher nach § 610 für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters haftete.

Besondere Vorschriften bezüglich des Tragens von Lasten[1]) sind nur von wenigen Rechten getroffen worden, z. B. vom Code civil, nach welchem der Vater ausser den dem Niessbraucher auferlegten Lasten noch zu tragen hat: „la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfans, selon leur fortune, le paiement des arrérages ou intérêts des capitaux, les frais funéraires et ceux de dernière maladie". (385), also zumeist Lasten, die im B.G.B. der Unterhaltspflicht des Vaters entspringen (s. o. S. 17). Vgl. ferner sächs. B.G.B. §§ 1826, 1828.

Das den Kindern im römischen Recht wegen ihrer bona materna am Vermögen des Vaters gewährte Generalpfandrecht findet sich in verschiedener Gestaltung in den Partikularrechten[2]). Nach sächs. B.G.B. § 390 haben sie beispielsweise einen Rechtstitel für eine Hypothek an einem väterlichen Grundstück, soweit sie wegen der vom Vater verwalteten Mobilien und der daraus entstehenden Ansprüche Sicherheit verlangen können.

II. Geltendes Recht.

Das B.G.B. behandelt den Vater in seinen Pflichten dem Kinde gegenüber teilweise strenger, teilweise milder als den Niessbraucher. Milder ist seine Haftung dem Kinde gegenüber, denn er haftet nur für diligentia quam suis (§ 1664), während der Niessbraucher mangels besonderer Vorschriften für culpa omnis haftet (§ 276). Mannigfache Abweichungen zeigt das Gesetz in der Regelung derjenigen besonderen Bestimmungen, die dazu dienen im Falle einer Gefährdung der Rechte des Eigentümers oder Bestellers bezw. des Kindes diesen Sicherheit zu gewähren. Der Niessbraucher hat Sicherheit zu leisten dem Eigentümer, wenn sein Verhalten die Besorgnis einer erheblichen Verletzung von dessen Rechten rechtfertigt (§ 1051) und in dem Falle

[1]) Motive IV, S. 788 ff.

[2]) Stobbe-Lehmann, S. 425, IV.

übermässigen Fruchtbezuges für den Rückerstattungswert der übermässig gezogenen Früchte bei Beendigung seines Niessbrauchs (§ 1039), dem Besteller gegenüber, wenn dieser sie wegen seines gefährdeten Anspruchs auf Ersatz des Wertes verbrauchbarer Sachen verlangt (§ 1067, II). Die „paterna reverentia“ befreit nun zwar den Vater von einer Sicherheitsleistung nicht[1]), diese kann aber erst in zweiter Linie angeordnet werden, wenn die gemäss § 1667 vom Vormundschaftsgericht angeordneten Massregeln (insbes. Einreichung eines Vermögensverzeichnisses, Rechnunglegung) sich als nicht ausreichend erweisen. Auf Grund von § 1667 kann das Vormundschaftsgericht nur vorgehen bei einer durch Vermögensverfall oder Pflichtverletzung des Vaters (die sich auf seine Vermögensverwaltung oder Nutzniessung erstreckt) hervorgerufenen Gefährdung des Kindesvermögens. Die erforderlichenfalls anzuordnende Sicherheitsleistung ist nicht erzwingbar. (§ 1670, Satz 2). Zweifelhaft mag erscheinen, ob die in § 1039 für den Niessbraucher vorgeschriebene Sicherheitsleistung auch vom Vater zu entrichten ist. M. E. kommt sie für den Vater als nicht zu Art und Umfang des Nutzungserwerbs gehörig nicht in Betracht (arg. § 1652)[2]). Vgl. auch die Protokolle zu § 1383 die die dem § 1652 analoge Bestimmung für den ehemännlichen Nutzniesser trifft[3]): „Sachlich einverstanden war man insbes. darüber, dass der Ehemann auch die im II, § 949 bezeichneten übermässig gezogenen Früchte mit der im § 949, Satz 2 bestimmten Ersatzpflicht erwerben müsse, dass dagegen die ebenda aufgestellte Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für den Ehemann nicht gelten dürfe[4]).“

Haben die die Sicherheitsleistung anordnenden Vorschriften nicht den beabsichtigten Erfolg, so können gegen

---

[1]) Vgl. Opet, S. 250.
[2]) Knitschky, S. 197.
[3]) Protokolle bei Mugdan IV, S. 767.
[4]) Schmidt-Habicht, S. 241.

den Niessbraucher wie gegen den Vater schärfere Massregeln ergriffen werden. Dem zur Sicherheitsleistung rechtskräftig verurteilten Niessbraucher kann, wenn er innerhalb einer ihm gestellten Frist nicht leistet, auf Verlangen des Eigentümers die Ausübung seines Rechts genommen und einem Verwalter übertragen werden (§ 1052). Auch ohne das vorhergegangenne Verlangen nach Sicherheitsleistung kommt die Vorschrift von 1052 zur Anwendung, wenn der Niessbraucher sich einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers schuldig macht und trotz Abmahnung des Eigentümers nicht davon ablässt (§ 1054). Auch dem Vater kann vom Vormundschaftsgerichte die Vermögensverwaltung und damit die Ausübung der Nutzniessung (§ 1656) entzogen werden, aber nicht nur wie dem Niessbraucher für den Fall, dass der Vater die vorgeschriebene Sicherheit nicht leistet, sondern auch, wenn er seiner gesetzlichen Inventarisationspflicht nicht nachkommt (§§ 1670, 1640, 1669). Ja es kann ihm sogar, wenn er die ihm dem Kinde gegenüber obliegende Unterhaltspflicht verletzt hat und für die Zukunft der Unterhalt des Kindes erheblich gefährdet erscheint, die Nutzniessung ganz entzogen werden (§ 1666, II), während das Gesetz die strafweise Entziehung des Niessbrauchs nicht kennt. Dagegen ist als besondere nur für den Niessbraucher geltende Bestimmung § 1053 anzusehen: Der Eigentümer kann, wenn der Niessbraucher die Sache in unbefugter Weise gebraucht und davon auf Abmahnung des Eigentümers nicht ablässt, auf Unterlassung klagen[1]). In einem Gegensatz zu einander stehen auch die §§ 1082 und 1667, II, Satz 4. Nach § 1082 muss auf Verlangen des Eigentümers der Niessbraucher ein Inhaber- oder mit Blankoindossament versehenes Orderpapier bei einer Hinterlegungsstelle hinterlegen. Das Vormundschaftsgericht hingegen kann nur bei Gefährdung des Kindesvermögens bezüglich dieser Papiere dem Vater besondere Verpflichtungen auferlegen und zwar die gleichen, die einem Vormunde

[1]) Leisterer, S. 68 f.

obliegen (z. B. die Vorschrift von § 1815). Durch Konkurs des Nutzungsberechtigten endet die Verwaltung nur des Vaters (und mit ihr die Ausübung der Nutzniessung) und zwar von Gesetzes wegen mit der Rechtskraft des Konkurseröffnungsbeschlusses (§ 1647).

Während beim Niessbrauch an einem Inbegriff von Sachen jede Partei zur Mitwirkung bei der Aufnahme eines Inventarverzeichnisses verpflichtet ist (1035), ist der Vater nur verpflichtet ein Inventar zu errichten [1]) über das von ihm verwaltete Vermögen beim Tode der Mutter, bei seiner Wiederverheiratung und auf Verlangen des Vormundschaftsgerichts bei Gefährdung des Kindesvermögens (§§ 1640, 1669, 1667).

Dagegen sind dem Vater bezüglich des Tragens der Lasten grössere Verpflichtungen auferlegt wie dem Niessbraucher. Dies ist ein Ausfluss der familienrechtlichen Eigenschaft der Nutzniessung. Das Kind soll dafür, dass ihm vom Gesetze die Nutzungen des Vermögens genommen und diese dem Vater zugewiesen sind, wenigstens insofern einen Ausgleich haben, als manche Lasten, die von einem Niessbraucher nicht zu tragen sind, den Vater beschweren. (Dass die Unterhaltspflicht des Vaters aber keine Last der Nutzniessung ist, darüber vgl. o. S. 17). Während nun der Niessbraucher dem Eigentümer gegenüber verpflichtet ist, nur die auf der Sache oder dem Recht ruhenden öffentlichen Lasten zu tragen (§ 1047) mit Ausnahme der auf dem Stammwert ruhenden ausserordentlichen Lasten, hat der Vater alle öffentlichen Lasten des Kindes zu tragen mit Ausnahme der auf dem freien Vermögen ruhenden und der ausserordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert des unfreien Vermögens gelegt zu betrachten sind. (§ 1654 c. 1385 Nr. 1). Anders Entwurf I, § 1531 Nr. 1. Die II. Kommission hat aber ausdrücklich die Ausdehnung der Verpflichtung des Vaters auf alle öffentlichen Lasten des

---

[1]) Cosack II, S. 550.

Kindes (mit den erwähnten Ausnahmen) festgestellt[1]), „um auch Personalsteuern und andere nicht einen bestimmten Vermögensgegenstand, sondern die Person treffende Lasten zu decken.“

Von privatrechtlichen Lasten ist der Niessbraucher nur diejenigen zu tragen verpflichtet, welche schon zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs auf der Sache oder dem Recht ruhten, insbes. die Zinsen der Hypothekenforderungen und Grundschulden, sowie die auf Grund einer Rentenschuld zu entrichtenden Leistungen (§ 1047). Von einer gleichen Beschränkung weiss § 1385 Nr. 2, auf den § 1654 verweist, nichts. Somit haftet der Vater auch für diejenigen Lasten, die erst während der Dauer seiner Nutzniessung hinzukommen. Ferner trägt der Vater die Zinsen derjenigen Verbindlichkeiten des Kindes, die aus dem unfreien Vermögen zu zahlen sind, in gleicher Weise andere wiederkehrende Leistungen, die bei ordnungsmässiger Verwaltung aus den Nutzungen zu begleichen sind, sofern sie nicht im Verhältnis von Vater zu Kind dem freien Vermögen zur Last fallen (§ 1654 c. § 1386). Als besondere Lasten sind dem Vater auferlegt die Kosten eines Rechtsstreits, den er für das Kind in Ansehung des unfreien Kindesvermögens führt, und die Kosten der Verteidigung des Kindes im Strafverfahren, (vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Kindes).

Für alle diese Lasten haftet der Vater aber nicht nur dem Kinde gegenüber, sondern auch neben dem Kinde den Kindesgläubigern persönlich als Gesamtschuldner (§ 1654 c. § 1388). Der Niessbraucher haftet für die angeführten Lasten aber nur dem Eigentümer gegenüber. Persönliche Haftung tritt für ihn nur im Falle des § 1088 ein, wonach die Gläubiger des Bestellers für eine schon zur Zeit der Bestellung des Niessbrauchs verzinsliche Forderung die Zahlung der Zinsen auch von dem Niessbraucher verlangen können, wozu dieser dem Besteller gegenüber verpflichtet ist.

[1]) Protokolle bei Mugdan IV, S. 768.

Einige Modifikationen für die Nutzniessung ergeben sich weiterhin bezüglich des Wertersatzes verbrauchbarer Sachen. In den meisten Fällen zwar werden Niessbraucher und Nutzniesser in gleicher Weise erst bei Beendigung ihres Rechts hierzu verpflichtet sein. Nur wenn die Gläubiger des Bestellers eine vor der Bestellung entstandene Forderung haben, ist der Niessbraucher den Gläubigern gegenüber zum sofortigen Ersatz verpflichtet (§ 1086, Satz 2); das gilt m. E. auch von übermässig gezogenen Früchten (§ 1039). Der Vater hingegen hat ausser in diesem Falle allgemein schon vor Ablauf seiner Nutzniessung den Wertersatz zu leisten, wenn die ordnungsmässige Verwaltung des Vermögens dies erfordert[1]) (§ 1653, Satz 2), ferner hat er sämtliche ihm dem Kinde gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten dann sofort zu erfüllen, wenn er von der Ausübung der Nutzniessung ausgeschlossen ist. Diese letztere Vorschrift findet dann keine Anwendung, wenn dem Vater die Ausübung infolge Ruhens der elterlichen Gewalt mangelt (§ 1657). Zweifelhaft ist, ob der Vater im Falle des § 1048, I (der durch § 1652 herangezogen ist) bei ordnungsmässiger Verfügung über verbrauchbare Inventarsachen des Grundstücks zu baldigem Ersatz verpflichtet ist. Knitschky[2]) verneint dies, weil durch die speziellere Vorschrift des § 1653 der § 1652 eingeschränkt sei. Aus praktischen Gründen ist aber m. E. das Gegenteil anzunehmen, weil, wenn z. B. ein landwirtschaftliches Grundstück Gegenstand der Nutzniessung ist, möglicherweise durch den nicht alsbald eintretenden Ersatz der Betrieb des Grundstücks leiden könnte.

Aus § 1627 („Der Vater hat kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen") ergibt sich für den Vater eine Besorgungspflicht, wo der Niessbraucher im analogen Falle nur eine Anzeigepflicht hat, nämlich in dem § 1042

---

[1]) Vgl. Knitschky, S. 197.
[2]) Knitschky, S. 198.

gegebenen Falle (bei der Zerstörung, Beschädigung der Sache oder der Notwendigkeit einer ausserordentlichen Ausbesserung u. s. w.) Der Vater muss also eine erforderliche Ausbesserung auch ausserordentlicher Natur selbst vornehmen. Eine Besorgungspflicht trotz Beendigung der väterlichen Gewalt, die sonst seine Rechte erlöschen lässt, hat er, wenn die Gewalt durch Tod des Kindes endigt (§ 1683): er muss dann diejenigen Geschäfte, die keinen Aufschub vertragen, besorgen, bis der Erbe des Kindes die notwendigen Massregeln treffen kann. Im Fall des § 1682 hat er hingegen das Recht nach Beendigung seiner Gewalt überhaupt oder nach Aufhören seiner Vermögensverwaltung bis zur Kenntnis dieser Beendigung die Geschäfte des Kindes weiterzuführen. Eine letzte besondere Pflicht des Vaters ist in diesen Fällen (Erlöschen, Ruhen der Gewalt, Aufhören der Vermögensverwaltung) seine Verpflichtung Rechenschaft abzulegen. (§ 1681).

§ 6. Unterschiede in der Beendigung.

Hinsichtlich der Beendigung unterscheidet sich die Nutzniessung vom Niessbrauch darin, dass eine Reihe von Gründen, die für den Niessbrauch die Beendigung herbeiführen, keine solche für die Beendigung der Nutzniessung bilden, andererseits sie eine Reihe besonderer Beendigungsgrüude aufweist. Vermöge der rechtsgeschäftlichen Begründung des Niessbrauchs kann seine Beendigung an einen dies ad quem oder an eine Resolutivbedingung geknüpft werden[1]), für die durch Gesetz entstehende Nutzniessung kann also dieser Endigungsgrund nicht in Betracht kommen. Auch die sog. Tabularversitzung ist (§ 901) kein Endigungsgrund für die Nutzniessung, weil diese kein Buchrecht ist. Für das römische Recht galt noch als besonderer Endigungsgrund des Niessbrauchs die Umgestaltung der Sache[2]). Dagegen ist allgemeiner gesetzlicher Endigungs-

[1]) Cosack II, S. 189.
[2]) Czyhlarz, S. 139.

grund für die Nutzniessung das Erlöschen der elterlichen Gewalt des Vaters (nicht etwa das blosse Ruhen derselben). Daher erlischt z. B. die Nutzniessung mit dem Tode des Kindes, mit dessen Annahme an Kindesstatt durch einen Dritten (vgl. aber § 1757, II), mit der Volljährigkeitserklärung. Auch in Rom erlosch das Recht des Vaters zumeist gleichzeitig mit seiner Gewalt, doch bildet deren Aufhören nicht stets einen Beendigungsgrund[1]). Partikularrechtliche besondere Endigungsgründe für das Recht des Vaters sind[2]) z. B. Volljährigkeit der Kinder, nach Code civil 384 schon, wenn das Kind 18 Jahre ist. Das preussische Recht kennt ferner als ausserordentliche Endigungsgründe für das Recht des Vaters: Konkurs des Vaters (nach B.G.B. verliert er nur die Ausübung seines Rechts, § 1647, s. o. S. 41), Unfähigkeit des Vaters das Kind standesgemäss zu unterhalten (A.L.R. II, 2, 206). Als ausserordentliche Endigungsgründe kennt das B.G.B. im Gegensatz zum Niessbrauch die strafweise Entziehung (§ 1666, II), während partikularrechtlich auch der Niessbrauch zur Strafe entzogen werden konnte, (vgl. Staudinger III, S. 170), und Verheiratung der Tochter mit erforderlicher Einwilligung des Vaters (§ 1661).

Ein weiterer Unterschied besteht in folgendem: Der Niessbrauch an einer beweglichen Sache erlischt zwar in der Regel durch Konfusion[3]) (§ 1063), gilt aber als nicht erloschen, wenn für den Eigentümer ein rechtliches Interesse an der Fortdauer des Niessbrauchs besteht, an einem Grundstück erlischt er durch Konfusion überhaupt nicht (§ 889), ebenso bleibt der Niessbrauch an einem Gegenstande bestehen trotz dessen rechtmässiger Veräusserung als Pfand, wenn er vor den Pfandrechten die Priorität hat. Die Nutzniessung muss in diesen Fällen stets erlöschen, denn sie ist nur denkbar am Kindesvermögen und an diesem nur in

---

[1]) Vgl. Stölzel S. 31, Dernburg, Pand. III, S. 68.
[2]) Stobbe-Lehmann IV, S. 431, Kraut, S. 606.
[3]) Pohl, S. 61.

seinem jeweiligen Umfange, der aber durch jedes Pfandrecht eingeschränkt wird (s. o. S. 21).

Für den Verzicht des Vaters auf die Nutzniessung gilt als besondere Formvorschrift § 1662: Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Vormundschaftsgericht. Ein teilweiser Verzicht auf die Nutzniessung ist aber nicht für zulässig zu erklären (A. A. Staudinger IV zu § 1662). Denn es wäre dann dem Vater möglich nur die Nutzniessung an den Sachen und Rechten zu behalten, die mit gar keinen oder nur wenigen Lasten verbunden sind, und auf die Nutzniessung der mit erheblichen Lasten beschwerten Gegenstände zu verzichten. Da aber, wie erwähnt, die Tragung der Lasten dem Vater aufgebürdet ist, um dem Kinde ein Aequivalent für die ihm entzogenen Nutzungen zu gewähren, so würde durch die Zulassung eines teilweisen Verzichtes die ratio legis nicht getroffen werden.

Lebenslauf.

Am 20. April 1882 wurde ich, Siegbert Sternberg, in Breslau als Sohn des Kaufmanns Max Sternberg und seiner Ehefrau Salomea geb. Rothaub geboren. Ich bin jüdischer Religion und preussischer Staatsangehöriger.

Nach Besuch des Friedrich-Werderschen Gymnasiums in Berlin und des Gymnasiums zu St. Elisabet in Breslau, das ich Ostern 1901 mit dem Zeugnis der Reife verliess, studierte ich an den Universitäten Breslau und Berlin Rechts- und Staatswissenschaften. Ich hörte die Vorlesungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Brie, Brunner, Dahn, Engelmann, Fischer, Gierke, Gretener, Heilborn, Hübler, Jörs, Klingmüller, Leonhard, v. Liszt, Naendrup, Runze, Schücking, Sombart, Stern, Wolf,

denen ich an dieser Stelle aufrichtigen Dank ausspreche.

Am 4. Juli 1904 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung, am 15. Juli 1904 das Rigorosum und wurde am 25. Juli 1904 zum Referendar ernannt. Am 30. Juli 1904 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst, genügte in der Zeit vom 1. Oktober 1905 bis 30. September 1906 meine Militärpflicht bei dem Feldartillerie-Regiment v. Peucker (Nr. 6) und bin gegenwärtig bei der Königl. Staatsanwaltschaft in Breslau beschäftigt.